

POSTANOWIENIE
z dnia 17 sierpnia 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **17 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 sierpnia 2010 r.** przez **OTICON Polska Sp. z o.o., 00-499 Warszawa, Pl. Trzech Krzyży 4/6**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego, 85-667 Bydgoszcz, ul. Chodkiewicza 44**, którego przedmiotem jest dostawa tytanowych zakotwiczonych implantów słuchowych z cyfrowym procesorem dźwięku

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami;**
- 3. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego OTICON Polska Sp. z o.o., 00-499 Warszawa, Pl. Trzech Krzyży 4/6, kwoty 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony przez Odwołującego wpis.**

Stosownie do treści art. 198 a i art. 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewódzki Szpital Dziecięcy im. J. Brudzińskiego, 85-667 Bydgoszcz, ul. Chodkiewicza 44, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest dostawa tytanowych zakotwiczonych implantów słuchowych z cyfrowym procesorem dźwięku. Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawę oszacowano na kwotę nieprzekraczającą wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 29 czerwca 2010 r. pod pozycją 186648-2010.

W dniu 2 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez OTICON Polska Sp. z o.o., 00-499 Warszawa, Pl. Trzech Krzyży 4/6, kwestionujące odrzucenie oferty tego wykonawcy w zakresie Pakietu 2. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Zgodnie z treścią informacji przekazanej Odwołującemu dnia 29 lipca 2010 r. (droga elektroniczna) Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie Pakietu 2 z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że wymagał, aby zaoferowany implant był odporny na wodę/zachlapania (wymóg zawarty w p. 3a12 zał. Nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), podczas gdy z oferty Odwołującego nie wynikało, że oferowany wyrób spełnia powyższy wymóg, a Odwołujący nie udowodnił, że złożył ofertę zgodną z SIWZ w tym zakresie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść tej oferty w pełni odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez niezastosowanie - niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w razie powzięcia wątpliwości co do jej zgodności z wymaganiami zawartymi w SIWZ;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji dokonania wyboru oferty Odwołującego na Pakiet 2 jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w pkt. X 1 SIWZ określił, że do oferty oprócz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu wymienionych w pkt. IX SIWZ należy dołączyć:

- a) wypełniony formularz - „Oferta” (Załącznik nr 1),
- b) wypełniony formularz - „Parametry techniczne i inne wymagania” (Załącznik nr 2),
- c) pełnomocnictwo podmiotów występujących wspólnie.

W formularzu „Parametry techniczne i inne wymagania” stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ Zamawiający żądał podania nazwy i typu, producenta, kraju pochodzenia oraz roku produkcji (2010 r.) oferowanego implantu. Dodatkowo w zamieszczonej tabeli dookreślił wymagane parametry graniczne - minimalne, oraz zamieścił dwie kolumny: „TAK” oraz „Opis”. W żadnym fragmencie SIWZ Zamawiający nie zamieścił instrukcji wypełnienia Załącznika oraz nie doprecyzował w jaki sposób Wykonawcy mają potwierdzić wymagania postawione dla poszczególnych typów implantów. Odwołujący podkreślał, że wymagane parametry graniczne - minimalne zostały przez Zamawiającego dookreślone z dużą szczegółowością i precyzją, wprost wskazując jaką specyfiką powinien się charakteryzować oferowany sprzęt.

Odwołujący złożył wymaganą dokumentację oraz wypełnił kosztorys ofertowy. Z podanych w dokumentach informacji wynika, że oferuje 3 sztuki tytanowych zakotwiczonych implantów słuchowych z cyfrowym procesorem dźwięku do ubytku słuchu max. 45 dB HL wraz z osprzętem chirurgicznym wymaganym do przeprowadzenia implantacji, model Ponto producenta Oticon Medical AB ze Szwecji. Dodatkowo Odwołujący przedłożył również pełną charakterystykę oferowanego sprzętu dołączając do oferty katalog produktu (str. 44 - 54 dokumentacji ofertowej). W Załączniku nr 2 - Parametry techniczne i inne wymagania w kolumnie „Tak” potwierdził spełnianie przez oferowany sprzęt wszystkich wymaganych parametrów w każdej pozycji Załącznika.

Odwołujący podkreślał, że wszelkie wymagania określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 były opisane precyzyjnie i zero - jedynkowo, więc wpisanie w kolumnie dotyczącej spełnienia wymaganego warunku „tak” jednoznacznie potwierdzało, że oferowany sprzęt charakteryzuje się wymaganymi parametrami. Dla przykładu - w pkt 1.1 Zamawiający podał: „implant wykonany z tytanu, samogwintujący się - nie wymagający wcześniejszego nagwintowania otworu w czaszce”. Odwołujący w kolumnie dotyczącej spełnienia wymaganego warunku wpisał „tak”, co jednoznacznie potwierdza, że oferowane przez niego implanty są dokładnie takie, jak to opisał Zamawiający. Odwołujący wobec jasno doprecyzowanych wymagań nie wypełnił kolumny „opis”, ponieważ bezzasadne byłoby przepisywanie zapisów Zamawiającego, a dodatkowo - w żadnym miejscu SIWZ takiej dyspozycji wypełnienia Załącznika nie było. Jedynie dwa podane przez Zamawiającego parametry wymagały doszczegółowienia, co Odwołujący uczynił, i tak - w pkt 3a.1 Zamawiający wymagał, aby zauszny procesor dźwięku wykorzystywał standardowe, ogólnie dostępne baterie zasilające oraz wymagał podania typu baterii. Odwołujący wpisał „tak” oraz dookreślił: „typ 13”. Podobnie w pkt 5.1 - Zamawiający wymagał minimum 24 miesięcznej gwarancji i Odwołujący potwierdził, że oferuje 24 miesięczną gwarancję wskazując dokładną ilość miesięcy gwarancji, którymi będą objęte implanty.

Pomimo, że Zamawiający nie wymagał żadnych dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków jakościowych przez oferowany produkt, Odwołujący przedłożył do oferty katalog producenta. Tym samym Odwołujący nie tylko potwierdził, że oferowany sprzęt odpowiada wymaganym parametrom, ale też podał charakterystykę oferowanego sprzętu, która odpowiada wymogom Zamawiającego.

Odwołujący podnosi, że przywołany w piśmie z dnia 29 lipca 2010 r. zarzut niezgodności oferty z SIWZ uważa za nieprawdziwy i nieuprawniony. Zamawiający nie wymagał dołączenia do oferty żadnych dodatkowych dokumentów, Odwołujący podnosi zatem, iż domniemywać można, że uznał oświadczenie wiedzy złożone przez Wykonawców w Załączniku nr 2 za w wystarczającym stopniu potwierdzające bądź nie wymagania postawione w SIWZ. Niezasadne jest więc uznanie, że potwierdzenie „tak”, oznaczające - tak, oferowany przez Odwołującego implant jest odporny na wodę/zachłapania stanowi niezgodność z treścią SIWZ.

Odwołujący podkreślał, że w świetle ustawy Pzp Zamawiający w razie powzięcia wątpliwości co do zgodności treści oferty z zapisami SIWZ ma narzędzia prawne umożliwiające wyjaśnienie ewentualnych nieścisłości. Może skorzystać z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i zażądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących złożonych ofert, a w przypadku, gdy żądał przedłożenia wraz z ofertą oświadczeń lub dokumentów

potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, miał obowiązek wezwać Wykonawcę do uzupełnienia stosownych dokumentów na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Alternatywnie, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek poprawić w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący podkreślał, że złożył ofertę w pełni zgodną z wymaganiami Zamawiającego, w związku z czym Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Złożone przez Odwołującego w treści oferty oświadczenie o oferowaniu towarów określonych w SIWZ oraz potwierdzenie spełniania merytorycznych wymagań Zamawiającego w tabeli parametrów technicznych i dołączonych dokumentach wskazuje na wypełnienie przez Odwołującego wszystkich wymogów i warunków określonych w SIWZ dotyczących przedmiotu zamówienia. Dokumentacja ofertowa nie zawierała sprzecznych informacji, oświadczeń, tak więc Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby twierdzić, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Podkreślał, iż wobec braku instrukcji czy zaleceń Zamawiającego odnośnie wypełnienia Załącznika nr 2 - od Wykonawców nie można wymagać, że będą domyślali się, jakie informacje chciałby uzyskać Zamawiający. Wszelkie wymagania, opis przedmiotu zamówienia muszą być jednoznaczne i nie budzące wątpliwości, a wszelkie nieścisłości winny być interpretowane na korzyść Wykonawcy. Odwołujący podnosił, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego pomimo braku podstaw do jej odrzucenia, naruszył zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko bowiem prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów ustawy Pzp pozwala na równe traktowanie wykonawców oraz na zachowanie konkurencyjności postępowania. W niniejszym postępowaniu konsekwencją niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego było całkowite wyeliminowanie konkurencji z naruszeniem interesów Odwołującego.

W dniu 3 sierpnia 2010 r. Zamawiający wezwał do udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp oraz przekazał kopię odwołania. Izba ustaliła, że ani w ustawowym terminie 3 dni, tj. do dnia 6 sierpnia 2010 r. ani do dnia wydania niniejszego postanowienia nikt nie przystąpił do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron.

W dniu 11 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła faxem (dnia 11 sierpnia 2010 r. także pocztą) odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości i wnosil o umorzenie postępowania odwoławczego.

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba stwierdziła, że zachodzą przesłanki umożliwiające umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....